

Foro, Nueva época, núm. 10/2009: 33-54

ISSN:1698-5583

FUEROS Y DESIGUALDADES JURÍDICAS ENTRE CIUDADANOS: EL FUERO DEL BAYLÍO

Magdalena RODRÍGUEZ GIL

Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad de Extremadura
mrodgil@unex.es

RESUMEN

Se plantea en estas páginas un hilo conductor y la significación del mismo en cuanto a la expresión «derechos forales». Su trayectoria histórica, su acogida en nuestra Constitución y también la posible manipulación de su utilización. Con especial referencia al Fuero del Baylío.

Palabras clave: derechos forales.

ABSTRACT

These pages set out a recurring theme and its meaning as regards the term «provincial laws», their historical development, their acceptance in the Spanish Constitution and the possible manipulation of their usage. It makes special reference to the Baylío Jurisdiction.

Keywords: Provincial laws.

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Seiten verfolgen durchgängig das Thema des Foralrechts, den Begriff und die Bedeutung der «Foralrechte»: Seine geschichtliche Entwicklung, seine Aufnahme in die spanischen Verfassung sowie sein Missbrauch, unter besonderer Berücksichtigung des Foralrechts von Baylío.

Schlüsselwörter: Foralrechte.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. ORIGEN Y TRAYECTORIA DE LOS DERECHOS FORALES.—III. UN GUIÓN SOBRE DERECHOS FORALES Y CODIFICACIÓN.—IV. LA EXPRESIÓN «DERECHO FORAL».—V. SOBRE LOS DERECHOS FORALES Y LA CONSTITUCIÓN DE 1978.—VI. EL CASO DEL BAYLÍO: GÉNESIS Y NATURALEZA JURÍDICA.—VII. UNA CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO

Sin invadir el terreno de constitucionalistas y civilistas, desde la óptica del historiador del Derecho, cuyo objetivo es acercarse al conocimiento de la «esencia» de éste a través de un ejercicio de razonamiento con métodos especulativos y prácticos que ayuden a no olvidar, como apuntó Ramiro Rico¹, que el hecho histórico es muy «ladino», es decir, que en la historia jurídica se suele ocultar muy bien el «interés» que en cada momento prevalece, se pretende en estas páginas esbozar, a modo de hilo conductor, una referencia al origen, desarrollo y significado de la expresión «derechos forales», con una especial remisión a la naturaleza jurídica del *Fuero del Baylío*.

II. ORIGEN Y TRAYECTORIA DE LOS DERECHOS FORALES

Durante el sistema medieval² y el de la recepción del Derecho común nacieron y se configuraron desigualdades y diversidades jurídicas que en la última etapa de este último sistema o Antiguo Régimen, como lo calificó Marcel Proust³ («se llama antiguo régimen aquello de lo que sólo se ha podido conocer el final»), comenzarían a ser denominadas «derechos forales».

El sistema medieval fue por excelencia la época del nacimiento y desarrollo de esas diversidades jurídicas o fueros locales. El término fuero, voz genérica de significado polisémico, se va a utilizar *grosso modo* como el con-

¹ Vid. N. RAMIRO RICO, *El animal ladino y otros estudios políticos*, Madrid, 1980.

² Se sigue metodológicamente la concepción estructuralista iniciada en España por M. Torres López y seguida por J. M. Pérez-Prendes. Este último analiza la integración evolutiva del Derecho a través del concepto de «sistema jurídico»; concepto que se elabora a partir de la referencia del «tipo ideal» weberiano, prototipo que permite la construcción de una estructura «ideal», «teórica», con una conexión y coherencia entre las instituciones jurídicas que lo forman.

³ *Apud* F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 1981, p. 402.

junto de preceptos locales heterogéneos que generalmente se concedían a las ciudades con la finalidad de fijar su régimen jurídico o de ampliarlo.

Los fueros se concibieron como contraposición o complemento a los preceptos de Derecho general de un territorio, y pensando en la necesidad de atraer a zonas muchas veces despobladas y fronterizas un núcleo de habitantes que sólo podían encontrar interés en vivir en esas tierras si ello les suponía un régimen jurídico ventajoso.

En este sentido, el fuero fue considerado como derecho local «privilegiado» tanto por ser un derecho preferente al territorial, como por contener libertades, franquicias y privilegios; términos casi sinónimos con los que el lenguaje de la época aludía a los beneficios o ventajas jurídicas concedidas a los habitantes de un lugar (concesión de hidalguías, exenciones fiscales, condonaciones de penas, etc.).

Su razón de ser residió en constituir un instrumento que consolidase y mantuviese coactivamente los intereses en el espacio para el que se daba. En la defensa de esos intereses, su concesión no fue siempre pacífica (recuérdese el caso del *Fuero de Sahagún*, con el enfrentamiento entre la orden de Cluny, señores de la villa y el pueblo).

Paulatinamente ese Derecho local, municipal, se fue extendiendo, efectuándose una territorialización primero por zonas más amplias o comarcas, y utilizando la terminología procedente de la Antigüedad clásica y de los siglos XIX y finales del XX, «provincias»; llegando después a ampliarse por todo un reino, *iura propria*. Esas diversidades se mantuvieron en algunos casos no sin dificultad por la recepción del Derecho común, *ius commune*, que no fue de igual modo admitida en los diferentes reinos. Concretamente en Castilla el poder legislativo prohibió reiteradamente la utilización del Derecho común y de los juristas formados en él. En general, la desconfianza de las clases no letradas frente a los juristas universitarios y la diferente fortaleza del ordenamiento jurídico de cada reino hispano fueron factores que, aunque retardaron la recepción, no fueron demasiado eficaces.

A este respecto, los problemas que podían surgir en cuanto a la relación entre el *ius commune* y los *iura propria* fueron por primera vez estudiados y planteados por Juan Hispano (siglo XII). Junto a los *iura propria* también hay que recordar los *statuta*, propios de las ciudades y corporaciones que, defendidos por las elites locales como señal de identidad de esos grupos, sirvieron de instrumento de defensa jurídica de sus intereses.

Cuando entre esos ordenamientos se originaba alguna colisión se partió de aplicar la solución mediante el principio de considerar que el pueblo tenía potestad para crear derecho por delegación del emperador: «*secun-*

dum vetera [...] populus habeat plenam potestatem condendi iura; sed postquam transtulit omne ius in imperatorem» (Placentino), teniendo en cuenta la distinción entre quienes históricamente habían sido súbditos del Imperio Romano, en los que prevalecería el Derecho común, y quienes no lo habían sido, caso de la Península Ibérica, donde se mantendrían sus «costumbres populares» y *statuta*. Por esta vía, al sector del *ius civile proprium* se incorporaron los *statuta*, que sólo regían en los espacios geográficos para los que fueron dictados.

Esa colisión entre el *ius commune* y los *iura propria*, a raíz de la doctrina de Alberico de Rosate (siglo XIV), se sustanció por la aplicación de la facultad de la *plenitudo potestatis*, que en Castilla comenzó a hacer su aparición a mediados del siglo XV.

Esas diversidades jurídicas o *iura propria* pervivieron hasta la llegada de los Borbones, pues Felipe V, por los Decretos de Nueva Planta⁴, derogó las de los territorios que configuraron la Corona de Aragón:

«... para ello en lo tocante a los reinos de Aragón y de Valencia; he juzgado por conveniente [...] abolir y derogar enteramente [...] todos los referidos fueros, privilegios prácticos y costumbres hasta aquí observadas en los referidos Reynos de Aragón y Valencia; siendo mi voluntad que éstos se reduzcan a las leyes de Castilla...».

El monarca dio estos decretos al margen de las numerosas razones que se han esgrimido, y entre ellas la más defendida ha sido la de la represalia política, para lograr con ello un gobierno directo, pleno y homogéneo de los reinos de la Corona, adaptándose mejor la organización política castellana al sistema de gobierno que la nueva monarquía quería imponer: el absolutismo monárquico. Razón por la que posiblemente, para Felipe V, unificar fue sinónimo de castellanizar.

En unos territorios la nueva organización o «nueva planta» fue total, aboliendo tanto las instituciones de Derecho público como privado (Valencia), en otros (Cataluña) se permitió la vigencia del Derecho civil, penal, parte del procesal y mercantil. Esas diversidades jurídicas en materia civil, restringidas o supervivientes, fueron conocidas más tarde bajo la denominación de «derechos forales».

⁴ *Novísima Recopilación*, 3, 3, 1.

III. UN GUIÓN SOBRE DERECHOS FORALES Y CODIFICACIÓN

No por desconocido, sino por seguir el hilo conductor apuntado, me parece oportuno hacer alusión (aunque con la mayor brevedad) al problema que la existencia de esos «derechos forales» supuso en nuestro proceso codificador. Todos recordamos el gran óbice al que tuvo que enfrentarse nuestra codificación civil, pues, como dijo Bentham, «por cada día que se retarda la codificación del Derecho de un país se crea una nueva dificultad a ella».

La política de codificación civil, como el movimiento de una realidad en el proceso hegeliano, se movió entre dos tendencias pendulares capitalmente distintas, generando una tercera, a modo de síntesis, o tendencia ecléctica, inspirada en un espíritu de concordia y transacción.

La tendencia unificadora o centralizadora, «tesis», estuvo representada por el proyecto de 1851 (García Goyena) y con ella se mostró que ya era tarde para «unificar codificando». Hasta que se hizo realidad la segunda hubo un periodo de leyes especiales (Ley Hipotecaria, Notariado, Matrimonio Civil, etc.).

La segunda, descentralizadora o «antítesis», abogó por la defensa de tantos códigos civiles como legislaciones forales se reconocían. Se defendió la pervivencia de las cinco tradiciones jurídicas en Derecho civil: Castilla, Aragón, Cataluña, Navarra y Vizcaya.

En 1880 se buscó esa tercera, «síntesis» o de consenso, en la que se respetarían los derechos forales pero no en su totalidad, sólo aquellas instituciones dignas de continuar en sus respectivos territorios.

Para hacer viable ese propósito Álvarez Bugallal, ministro de Gracia y Justicia, consideró imprescindible dar entrada en la Comisión de Codificación a un jurista representante de cada una de las regiones de Derecho foral para que redactase unas memorias donde se defendiesen los respectivos ordenamientos y se seleccionasen las instituciones que debían continuar vigentes. Sin embargo, ese sistema, pese a que los designados elaboraron importantes trabajos, no llegó a ningún resultado.

Un año más tarde, en 1881, el ministro de Gracia y Justicia Alonso Martínez impulsó un cambio de método con respecto a la forma de deliberar la Comisión: no se discutiría artículo por artículo, sino los grandes principios y las bases fundamentales de la legislación, para después, sobre éstas, redactarse el articulado. El proyecto, según Federico de Castro⁵, se orientó a pro-

⁵ Vid. F. DE CASTRO BRAVO, «La cuestión foral y el Derecho civil», *ADC*, II, núm. 3, 1949, y *Derecho Civil de España*, ed. facsímil, 1984.

curar la asimilación del Derecho foral al Derecho castellano; a considerar el Derecho foral como excepción dentro del general o común.

El sistema fue rechazado por las Cortes, y más tarde, en 1888, el siguiente ministro Francisco Silvela hizo algunas modificaciones al anterior, disponiéndose que el Derecho foral que en ese momento existiese se mantuviese en su totalidad «*tan sólo por ahora*», hasta la elaboración de unos apéndices, y que el Código Civil tuviese valor supletorio.

El debate y discusión dio lugar al Código Civil de 1889, en el que se mandaba la redacción posterior de esos apéndices forales. Y mientras estas redacciones no se hiciesen seguirían vigentes íntegramente sus fuentes escritas o consuetudinarias. Lógicamente el carácter restrictivo de los apéndices fue la causa de que los territorios forales no tomaran con mucho entusiasmo la redacción de los mismos.

Pero la redacción del art. 12 del Código Civil de 1889 planteó una serie de dudas sobre qué territorios podían considerarse forales o no. El art. 12 preveía la subsistencia, provisional y restrictiva, de los derechos forales; sin embargo, la ausencia de una lista nominal de las provincias y territorios beneficiarios de ese artículo permitió en la doctrina disparidad de opiniones al proceder a su identificación. Se ceñía la adjetivación foral, sin más, a los derechos civiles especiales vigentes a la fecha de entrada en vigor del Código.

A este tenor, se estimó que el Derecho de Valencia o el *Fuero de Sepúlveda*, ya derogados, no se considerasen forales. Al igual que, como consecuencia de la distinción señalada en la *Novísima Recopilación* entre fueros municipales y provinciales, unos incluyeron bajo la rúbrica foral los Derechos de Aragón, Baleares, Cataluña y Navarra, y otros, los fueros y costumbres de Ayala, del Baylío, Galicia y Vizcaya.

Más tarde, por Real Decreto de 24 de abril de 1899 se expresaba con claridad que las comisiones especiales encargadas de redactar los proyectos de ley en los que se contuviesen las instituciones vigentes en los países forales serían los correspondientes a las provincias de Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya, Mallorca y Galicia.

En 1946⁶ se celebró en Zaragoza el Congreso Nacional de Derecho Civil, donde se trató la cuestión foral y se tomó el acuerdo de redactar compilaciones de las instituciones forales de las provincias y territo-

⁶ Convocado por Orden de 3 de agosto de 1944, se celebró en octubre de 1946. En él se descartó el sistema de apéndices por el de las compilaciones. Se nombraron para ello unas comisiones por Decreto de 23 de mayo de 1947 y Orden de 24 de junio de 1947. Por Orden de 10 de febrero de 1948 se ordena constituir Comisiones para el estudio y ordenación de

rios forales. Con ello se trataba de sustituir el desacreditado sistema de los apéndices, en los que sólo cabía reflejar por vía excepcional algunas instituciones que conviniese conservar, sin que nunca quedase claro qué criterio habían de determinarse para esa conveniencia.

El sistema de compilaciones representó una línea más favorable al Derecho foral que al sistema de apéndices; la compilación abarcaría la totalidad del Derecho foral. El sistema compilador fue un triunfo de los foralistas. Conllevaba no solamente una adaptación de las normas a un lenguaje más actual, sino también una puesta al día de las normas forales, dejando de esta forma de estar olvidadas en unos textos de difícil acceso para situarlas en otros de fácil manejo y comprensión. No obstante, el proceso de redacción y aprobación de las compilaciones fue muy lento. La primera que se publicó fue la del Derecho foral de Vizcaya y Álava en 1959, y la última, la de Navarra en 1973.

El punto de inflexión en las discusiones de la política foral lo constituyó el art. 13 introducido en la reforma del Código Civil de 1974, al contemplar el pleno respeto de los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que estuviesen vigentes. Y vigencia se opone a subsistencia.

IV. LA EXPRESIÓN «DERECHO FORAL»

La alusión al «Derecho foral» apareció ya ocasionalmente bajo el régimen de la Nueva Planta y fue utilizada de una forma más contundente por Mayáns y Siscar en el informe que realizó sobre la reforma de la Universidad de Valencia para Carlos III. En él se recuerda al monarca que en la Real Audiencia del Reino de Valencia se debían sustanciar los pleitos según los fueros del reino valenciano, y para ello debía de haber siempre cierto número de ministros que fuesen valencianos:

«Para que mejor se entiendan los fueros de este reino, según los cuales se han de juzgar en lo civil las controversias ocasionadas de los contratos i testamentos antiguos [...] de mas de cinco siglos [...] Es necesario pues que aya abogados instruidos en ellos y asimismo jueces [...] Debe pues haber en la Universidad de Valencia un catedrático de Derecho Foral, el cual explique en medio año una vez y consiguientemente dos veces en cada

las instituciones de Derecho foral en Aragón, Cataluña, Vizcaya, Galicia y Baleares; estuvieron presididas por los respectivos presidentes de las Audiencias Territoriales.

año las Instituciones de los Fueros y privilegios del Reino de Valencia que doctisimamente compuso micer Pedro Gerónimo de Tarazona...»⁷.

Esta denominación recibiría su «consagración oficial» en la segunda mitad del siglo XIX, en la legislación de Instrucción Pública, al designar a una de las cátedras de la Facultad de Derecho como «Historia e Instituciones del Derecho Civil Español y Foral» (1857)⁸.

Desde ese momento se significa con ella un régimen diferencial al acoger la acepción de la palabra «fuero» como el régimen jurídico de un determinado territorio, especial en el sentido de diferente al general.

En este sentido Sánchez Román⁹ abogó que se debía llamar «común» a las leyes promulgadas con carácter general desde Felipe V y «foral» a todo lo anterior a este monarca, sin establecer distinciones de ninguna clase.

La elocución ha encontrado siempre reticencia entre los civilistas. Para algunos, por ejemplo Barrachina¹⁰, el calificativo de foral es inapropiado, porque el Derecho foral no es únicamente el privilegio, la merced otorgada por los reyes o los señores a sus pueblos, sino todo lo contrario, su significación más importante es ser un producto espontáneo de la conciencia regional manifestada en forma de usos y de costumbres. Para otros, como Castán¹¹, tampoco es adecuado para señalar los particularismos legislativos que en el orden civil existen en España, y especialmente es impropio con relación a la legislación catalana, zona en la que los términos fuero y foral eran considerados exóticos, ya que en Cataluña la legislación municipal se denominó «*costums* o *consuetus*».

Cuando la expresión se generaliza y arraiga se indica con ella al fenómeno de la persistencia de unos ordenamientos no nacionales, en el sentido de no estatales, como derechos propios de tracto histórico en una época de un planteamiento constitucional de codificación unitaria¹².

⁷ G. MAYANS Y SISCAR, *Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las Universidades de España. 1 de abril de 1767*, caps. XXI y XXII, Biblioteca Municipal de Valencia, Fondo Serrano Morales, núm. 6384. Vid. *Informe sobre el método de enseñar en las universidades de España (1699-1781)*, presentación, transcripción y notas de I. G. ZULUAGA y L. ESTEBAN MATEO, Valencia, 1974. M. PESET REIG, *G. Mayans y Siscar y la reforma universitaria. Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las universidades de España, 1 de abril de 1767*, Valencia, 1975. Peset en esta edición hace una dura crítica de la anterior citada indicando: «los defectos graves de esta edición y su escaso valor crítico hacen que sea inservible a todas luces» (p. 177).

⁸ Real Decreto de 23 de septiembre de 1857, disp. 50.

⁹ F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, t. I, Madrid, 1899, p. 67.

¹⁰ F. BARRACHINA, *Derecho Foral Español*, t. 1. Castellón, 1911, p. IX.

¹¹ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. I, vol. I, Barcelona, 1982.

¹² B. CLAVERO, *Institución Histórica del Derecho*, Madrid, 1992, p. 124.

También se ha de considerar que al identificarse el Derecho foral con fuero, al igual que él podría ser también considerada la costumbre, pues uno de los rasgos más genuinos de la costumbre en la Edad Media fue que con ella se aludía no sólo a normas realmente consuetudinarias, sino también a las disposiciones emanadas de las autoridades y, en general, a todo el ordenamiento jurídico, pudiéndose contemplar el supuesto de que territorios que no habían tenido Derecho propio fuesen considerados como territorios forales en función de costumbres persistentes en ellos. Un caso en este sentido muy significativo es Galicia.

V. LOS DERECHOS FORALES Y LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Dentro de la normativa de los textos constitucionales, la diversidad de derechos civiles existentes en España encontró ecos y respuestas de cierta similitud en textos anteriores al nuestro. En concreto, el de 1931 puede ser el que mayor interés ofrezca para valorar históricamente el sentido de la solución aportada por nuestra Constitución en el sistema autonómico.

La significación especial del texto de la Segunda República se comprende al examinar los aspectos que muestran su proximidad y también su distancia con la norma vigente¹³. La Constitución de 1931 rompió en su momento con la inercia unificadora del constitucionalismo decimonónico, situando al pluralismo jurídico civil en el nivel de producción jurídica. Del mismo modo que lo hace hoy nuestra Constitución, que representa en este punto la reapertura de una línea interrumpida en el régimen anterior.

Así, el texto constitucional de 1978¹⁴, en su art. 14, recoge:

«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

La igualdad contemplada en este artículo se configura como prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben

¹³ A. ARCE JANARIZ, *Constitución y Derechos Civiles Forales*, Madrid, 1987, p. 13.

¹⁴ Vid. J. LÓPEZ-MEDEL BASCONES, «Derechos forales y Constitución», *Anales de la Real Academia de Doctores*, vol. XI, 2007; A. BLANCO GONZÁLEZ, *La evolución de los derechos forales desde la codificación hasta la Constitución de 1978 (especial referencia al Derecho gallego)*, La Coruña, 2002; M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *Derechos históricos y Constitución*, Madrid, 1998; J. CORCUERA ATIENZA, «La constitucionalización de los derechos históricos. Fueros y autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, mayo-agosto de 1984.

darse también tratamientos iguales. Pero el principio de igualdad no impide el trato desigual en todo caso y circunstancia: diversidad no es discriminación. No cabe hablar de trato discriminatorio o desigual cuando, valoradas las situaciones, se regulan de forma distinta por causas justificadas y razonables.

En esta idea de amparar y proteger la igualdad, pero con adjetivación, haciendo referencia al respeto de todos los derechos civiles existentes, el art. 149.1.8¹⁵ ordena como una de las competencias del Estado la legislación civil, pero añade que esto es así

«sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos forales, allí donde existan».

Este artículo, en opinión de Miguel Herrero Rodríguez de Miñón¹⁶, ha sido calificado como muestra relevante de la apertura de la norma suprema a la historicidad, pero ha producido más problemas planteados que resueltos. La discusión sobre los derechos forales, como se recuerda, fue una de las más duras del periodo constituyente.

Entre los numerosos interrogantes que el tema ha suscitado se trae a colación el de Clavero¹⁷: ¿no habrá querido nuestra Constitución con esta inclusión resolver aquella crisis social de la historia, convocándola de nuevo al campo de los contenciosos políticos y jurídicos presentes, al área de la propia fundamentación y desarrollo de cuestiones actuales de primera magnitud?

Para Clavero, el foralismo ha atentado contra la relativa soberanía del Parlamento y ha venido a encarnar una forma de impugnación del poder constituyente de la sociedad contemporánea y del poder legislativo constituido¹⁸.

Derechos históricos y Constitución son categorías distintas y antagónicas, como lo son el código y los fueros, productos uno y otros, respectivamente, de la razón y de la historia. Y una aproximación sistemática al mencionado precepto constitucional saca a la luz las contradicciones entre la historicidad propia del foralismo y la racionalidad que se supone inherente al constitucionalismo y su dogmática jurídica¹⁹.

¹⁵ Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1988.

¹⁶ M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «Los derechos forales como derechos históricos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 52, enero-febrero de 1998, p. 53.

¹⁷ B. CLAVERO, «Historia jurídica y código político: los derechos forales y la Constitución», *AHDE*, núm. L, 1980, p. 132.

¹⁸ *Ibid.*, p. 144.

¹⁹ Vid. L. MARTÍNEZ Y VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pluralidad de Derechos civiles españoles. El artículo 149.1.8 de la CE*, Madrid, 1997.

Desde otra perspectiva, Herrero de Miñón ha defendido que las contradicciones creadas por la irrupción de la historicidad en la Constitución sólo pueden ser resueltas con mayores dosis de historicidad, es decir, elevando la historicidad a clave de sistema²⁰, ya que solamente la culminación de ese giro historicista permitirá obtener unas conclusiones jurídicamente lógicas y políticamente coherentes con la realidad.

La inclusión de los derechos forales o históricos fue descalificada por García Pelayo²¹ como «expresión anticuada» y prácticamente desconocida en el Derecho moderno y propia de la Escuela Histórica del Derecho, «una de las bases ideológicas de los movimientos tradicionalistas y reaccionarios del siglo pasado». Afirmando también que

«algo tan vago, difuso y confuso como son los derechos históricos, sin más especificación [...] abre paso a interpretaciones teóricas y prácticas de gravedad incalculable y, sobre todo, proporciona un arsenal de argumentos jurídicos que pueden ser esgrimidos [...] articulados en estrategias políticas audaces y de largo alcance [...] manos perturbadoras del sistema político y de la vigencia del orden constitucional»²².

Dentro de este entramado, en el Congreso de Derecho Civil de Zaragoza de 1981, «Congreso de jurisprudencia sobre los derechos civiles territoriales en la Constitución», se evitó la denominación de «derechos forales»²³ en la posible intención de no prejuzgar la naturaleza de esos derechos ni contrariar a quienes rechazaban esta dicción.

Pero, en realidad, cuando se invocan los derechos históricos no se hace esa invocación para revitalizar viejas competencias que poco o nada tienen que ver con la sociedad moderna, sino por su propia historicidad, por ser unos derechos en muchos casos naturales e inherentes a una comunidad. Puntualizo «en muchos casos» porque también se ha de tener en cuenta que algunos derechos considerados en esta línea también como históricos fueron disfrutados solamente por los estamentos privilegiados que controlaban las instituciones políticas tradicionales en algunos reinos, atrincherándose en ellos para resistir cualquier ataque procedente de la voluntad soberana del monarca contra sus privilegios estamentales o regnícolas.

²⁰ M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «Los derechos forales...», *op. cit.*, p. 54.

²¹ M. GARCÍA PELAYO, «El proyecto constitucional y los “derechos históricos”», *El País*, 24 de septiembre de 1978.

²² *Ibid.*

²³ *Vid.* W. ÁLVAREZ SALA, «Congreso de jurisprudencia sobre los derechos civiles territoriales en la Constitución», *ADC*, núm. II, 1982.

De otra parte, los «derechos forales» no legitiman ni pueden legitimar la adquisición de títulos competenciales al margen y con un fundamento distinto al que contempla la Constitución, pues sólo operan como diferentes dentro de los límites y modo y forma que ella misma establece.

La historia no es sólo memoria, sino también tarea. Recordando a Savigny, «no crea cada tiempo de por sí y arbitrariamente su propia vida, sino que ella se produce en indisoluble comunidad con todo el pasado». La historia no es tanto los hechos e instituciones del pasado que es preciso reconstruir mediante una investigación historiográfica, como el modo de afirmar una excepcionalidad o particularismo²⁴.

Los derechos históricos, en definitiva, sólo tienen una función: expresar un hecho diferencial en el seno de un conjunto y servir para organizarlo como tal. Gusten o no los derechos históricos, ni al jurista ni al político pueden escandalizar su mención²⁵. Y la Constitución lo que hace es «amparar y respetar», y sólo se respeta y ampara lo anterior y exterior. La Constitución los encuentra ya ahí, y al no derivar de ella esos derechos por ella amparados y reconocidos, son también inmunes ante la revisión constitucional²⁶.

España no se inventó en 1978. Las identidades nacionales que en España hay no son creaciones normativas como pueden serlo el Tribunal de Cuentas o la Comunidad Autónoma de Madrid, sino que preexistieron a la norma constitucional y contribuyeron a fundamentarla.

Cabe pensar que, de la misma manera que la Constitución de 1812 quiso legitimar el nuevo orden democrático liberal que implantaba aludiendo a las libertades tradicionales presentes en algunas instituciones y fueros de las «Espanñas», en la nuestra se ha querido recoger esa pluralidad para basar en ella la nueva concepción del Estado autonómico.

Pero desde esta dimensión no se debe confundir autonomismo con foralismo o regionalismo. Foralismo y autonomismo suponen abordar y resolver en forma diferente los diversos problemas inherentes al art. 149, empezando por los planteados por su exégesis literal²⁷. La actitud foralista pone el acento en la foralidad existente, ya sea para conservarla o para desarrollarla orgánicamente, mientras que el autonomismo lo hace en la competencia para legislar sobre materia civil.

²⁴ M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *Idea de los derechos históricos*, discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1991, p. 39.

²⁵ M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «Hechos y derechos históricos», *El País*, 8 de agosto de 2005.

²⁶ M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *Idea de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 50-51.

²⁷ M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «Los derechos forales...», *op. cit.*, p. 57.

Como consecuencia y síntesis de la defensa de esa igualdad jurídica en términos generales (art. 14) y específicos (art. 149.1.8) se contempla la primera disposición de las adicionales de nuestro texto, que establece:

«La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

En definitiva, esta disposición adicional primera aporta un elemento interpretativo que ayuda a entender nuestra estructura autonómica, que aparece explicada no en virtud de un capricho del constituyente, sino como expresión y aceptación de una diversidad interna producto de la historia.

Las Comunidades Autónomas en cuyo territorio existe Derecho foral, al adquirir en virtud de la Constitución y de sus correspondientes Estatutos competencias legislativas para conservar, modificar y desarrollar, entendiendo esto último, sólo en algunos casos, como comprensivo de cuantas materias conexas puedan resultar de su desarrollo orgánico, tienden a la plenitud de cada derecho foral y a su conversión en derecho común de cada territorio. Por lo que la Constitución permite que los derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de conservación y modificación, sino también de una acción legislativa que haga posible no sólo su historicidad y actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de esos ordenamientos preconstitucionales²⁸.

Y al abarcar esta norma tanto la foralidad compilada como la consuetudinaria, el legislador autonómico tiene competencia para poder modificar y desarrollar su derecho foral histórico, como se reconoció en el Congreso de juristas de Zaragoza de 1981.

Pero cabría preguntarse en torno a esta cuestión si realmente existe la categoría «derechos históricos», pues más parece que los derechos tienen nacimiento, como indica Pérez-Prendes²⁹, «en cuanto no hay derecho que no surja de una decisión juridificada en su momento concreto, que posee realidad cerrada y nada más».

²⁸ *Ibid.*, p. 62.

²⁹ J. M. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ ARRACO, «La obsesión de la “Nueva Planta”», *Pareceres III* (1999-2004), selección, edición y presentación de M. RODRÍGUEZ GIL, Cáceres, 2004, p. 380.

VI. EL CASO DEL BAYLÍO: GÉNESIS Y NATURALEZA JURÍDICA³⁰

Los derecho forales, por los estatutos autonómicos, constituyen hoy un elemento de integración no sólo simbólico, sino material de la entidad política en cuestión, ya que no es el poder, sino la norma, lo que configura al cuerpo político como comunidad de Derecho y da entidad al territorio.

A este tenor, en Extremadura el *fuero del Baylío* es la manifestación más genuina de esa foralidad. Polémico en diversos aspectos: se discute su origen, su denominación, su «esencia» y, con anterioridad a la Constitución, también su vigencia. Recordamos la negación defendida en su día por Ureña e inicialmente también por Castán³¹, al estar formado por reglas de Derecho consuetudinario. O la defensa de Federico de Castro en cuanto a su carácter foral, pues tuvo esa consideración con anterioridad a la publicación del Código Civil y así lo reconoció la jurisprudencia. Más tarde, otros civilistas como Lacruz, Espín, De Diego y Román de igual modo la defendieron, pese a la disposición final derogatoria (art. 1.976) de nuestro Código Civil, afirmando que esa disposición, en conexión con el art. 13.2, lo que hace precisamente es ratificarla.

En la misma directriz se recuerdan varias sentencias del Tribunal Supremo como de la Audiencia Provincial de Cáceres³² y diversas resoluciones dictadas por la Dirección General del Registro y del Notariado.

Hoy esa diversidad de criterios no tiene ningún valor, pues su vigencia no da lugar a dudas al dar el Estatuto de Extremadura, en su art. 11³³, a la Comunidad Autónoma extremeña competencia para la defensa y protección de las particularidades de su Derecho consuetudinario, indicando entre ellas *el Fuero del Baylío*.

Sobre lo que implica este *fuero*, existe un dicho popular en Alburquerque que lo resume así:

«¿Qué es el fuero del Baylío? Que lo mío es tuyo y lo tuyo mío».

³⁰ Parte de este apartado es una adaptación de un trabajo anterior de mi autoría, «Vigencia de libertades medievales “A fuero de Baylío”», *Os reinos ibéricos na Idade Média*, vol. II, Porto, 2003.

³¹ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, op. cit., p. 92.

³² Vid. Sentencia de 2 de noviembre de 1989 en la que se considera vigente el Fuero del Baylío en Valencia del Ventoso, el cual no es contrario a la igualdad de los cónyuges.

³³ «Corresponde a la Comunidad Autónoma la conservación, defensa y protección del Fuero del Baylío y demás instituciones de Derecho consuetudinario».

Su origen fue estudiado hace ya muchos años por Salvador de Minguijón³⁴ situándolo en la primera mitad del siglo XIII, cuando un baylío de Jerez de los Caballeros autorizó la costumbre de casarse bajo el régimen de comunidad universal, es decir, compartiendo a medias todo el caudal de ambos cónyuges. El diploma, privilegio o documento llamado *Fuero del Baylío*³⁵, que debió existir, no se ha encontrado. Sabemos de su existencia

³⁴ S. MINGUIJÓN ADRIÁN, *Elementos de Historia del Derecho Español*, cuaderno sexto, Zaragoza, 1917, pp. 50-51; *Historia del Derecho Español*, Barcelona, 1933, pp. 142-143, y «El Fuero del Baylío», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1960.

³⁵ Sobre el Fuero del Baylío existe una amplia historiografía. Cfr., a modo de ejemplo, E. GARCÍA GREGORIO, «El Fuero del Baylío», *El Foro Nacional*, núm. 130, septiembre de 1852; F. BENÍTEZ LÓPEZ, «Extremadura y su Fuero del Baylío», *Revista de Extremadura*, 1889; C. WENCESLAO, *Fuero del Baylío. Necesidad de una aplicación uniforme por los registradores*, Madrid, 1879; J. BOZA VARGAS, *El Fuero del Baylío*, I, Fregenal, 1898; T. BORRALLA SALGADO, *Fuero del Baylío: estudio histórico-jurídico*, Badajoz, 1915; M. MARTÍNEZ PEREDA, «El Fuero del Baylío residuo vigente del Derecho celtibérico. Errores de la doctrina y la jurisprudencia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1925; P. ARIBAS PORTALES, «Algunas anomalías del Fuero del Baylío y de su aplicación conjunta con instituciones del Código Civil», *Revista de Derecho Inmobiliario*, 1945; J. MAHILLO SANTOS, «Estudio sobre el Fuero del Baylío», *Revista de Estudios Extremeños*, XIV, 1958; M. MADRID DEL CACHO, *El Fuero del Baylío: un enclave foral en el Derecho de Castilla*, Córdoba, 1963; A. GARCÍA GALÁN, *El llamado Fuero del Baylío en el territorio de Olivenza*, Badajoz, 1979; «Antecedentes históricos del Fuero del Baylío», *Revista Poder Judicial*, núm. 16, 1990; «El Fuero del Baylío como Derecho Foral de Extremadura», *Revista Actualidad y Derecho*, núm. 1, 1994, y *Revista de Estudios Extremeños*, III, septiembre-diciembre de 1992; E. CERRO Y SÁNCHEZ HERRERA, «Algunas puntualizaciones sobre el Fuero del Baylío», *Revista de Derecho Privado*, febrero de 1973, y «Sobre el régimen de comunidad absoluta de bienes en el matrimonio», *Revista de Estudios Extremeños*, XXXVII, I, 1981; A. ROMÁN GARCÍA, «El régimen económico-matrimonial del Fuero del Baylío (aproximación al estudio de la normativa del Fuero del Baylío)», *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres (AFDC)*, núm. 8, 1990; A. JUANES PECES, «El Fuero del Baylío: capacidad normativa de la Comunidad de Extremadura para legislar sobre dicho fuero», *Revista Poder Judicial*, núm. 16, 1990; M. IZQUIERDO TOLSADA, «El Fuero del Baylío, vigente pero no viable», *Actualidad Civil*, núm. 19, mayo de 1991; M. VILLALBA LAVA, «El Fuero del Baylío: el Derecho foral de la Comunidad de Extremadura», *Actualidad Civil*, núm. 29, junio de 1996; «La seguridad jurídica derivada de la adecuada publicidad del Régimen Económico Matrimonial Especial referencia al Fuero del Baylío», *AFDC*, núm. 14-15, 1996-1997, y «El Fuero del Baylío: un reto para los juristas extremeños», *El Humanismo Extremeño*, Trujillo, 1997; M. HERRERO JIMÉNEZ, «El Fuero del Baylío: origen histórico y vigencia», *Revista de Estudios Económicos y Empresariales de la Escuela U. de Plasencia*, núm. 8, 1996; F. LA MONEDA DÍAZ, «La solidaridad en el Fuero del Baylío frente a los regímenes económico-matrimoniales de los derechos forales», *AFDC*, núm. 14-15, 1996-1997; J. SOTO GARCÍA-CAMACHO, *Informe sobre el Fuero del Baylío*, Cáceres, Mancomunidad Sierra de San Pedro, 1997, y *Jornadas sobre el Fuero del Baylío-Olivenza*, Badajoz, 1999; A. MURO CASTILLO, «Origen histórico del Fuero del Baylío», *Parlamento y Sociedad. Jornadas sobre el Fuero del Baylío*, Mérida, Asamblea de Extremadura, 1999; J. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, «Acercamiento histórico-jurídico y propuesta de regulación del Derecho Foral de Extremadura: el Fuero del Baylío», *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 4, 1999; A. GIL SOTO y R. PERIAÑEZ GÓMEZ, «La aplicación del Fuero del Baylío en la

por una pragmática de Carlos III de 1778 incluida en la *Novísima Recopilación*³⁶. Y como fue habitual en el sistema de las recopilaciones castellanas, mutiló el texto de dicha Real Cédula omitiendo entre otros párrafos: «como antes de contraerse no se haya capitulado casar al *Fuero de León*...». Omisión que para quien esto escribe es importante.

En esa Real Cédula se recoge que fue dado a la villa de Alburquerque³⁷ por Alfonso Tellez durante el reinado de Sancho II de Portugal (1223-1245), o «Rei Capelo», llamado así por el hábito religioso de San Agustín o de San Francisco que vestía y con el que fue enterrado³⁸.

Es sabido que ese *usus terrae* implicó e implica la conversión en gananciales de todos los bienes matrimoniales, tanto si se aportan al matrimonio al tiempo de su celebración, como si se adquieren luego a título singular, universal, oneroso y lucrativo.

La zona del bayliato del temple fue entregada al monarca portugués con motivo de las paces ajustadas en 1297 entre Castilla y Portugal, y al ser reintegrada a España por el tratado de 1805 se obligó a Carlos IV a respetar como vigentes los usos y costumbres de sus vecinos. Usos y costumbres que con respecto al régimen económico patrimonial del matrimonio expuso en su día Merêa³⁹.

Algo análogo sucedió con la plaza de Ceuta, conquistada por los portugueses y que permaneció en el dominio de España cuando el duque de Braganza fue proclamado rey de Portugal bajo el nombre de João IV en 1640.

Edad Moderna extremeña», *Revista de Estudios Extremeños*, núm. 1, enero-abril de 2000; J. SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS, «¿Por qué es necesario legislar el Fuero del Baylío?», *Actualidad Civil*, núm. 14, abril de 2000; M. VILLALBA LAVA, *El Fuero del Baylío como Derecho Foral de Extremadura*, Mérida, 2007.

³⁶ *Novísima Recopilación*, X, 4, 12: «Apruebo la observancia del fuero denominado del Baylío, concedido a la villa de Alburquerque por Alfonso Tellez, su fundador, yerno de Sancho II, rey de Portugal, conforme al qual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, o adquieren por qualquiera razón, se comunican y sujetan a partición como gananciales: y mando, que todos los tribunales de estos mis reynos se arreglen a él para la decisión de los pleytos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Xerez de los Caballeros, y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora; entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa, si la necesidad o transcurso del tiempo acreditase ser mas conveniente que lo que hoy se observa en razón del citado fuero, si lo representasen los pueblos» (ed. facsímil, BOE).

³⁷ Se entiende que continúa vigente en la actualidad en Alburquerque, Alconchel, Atalaya, Burguillos, Cheles, Fuente de León, Higuera de Vargas, Jerez de los Caballeros, La Codosera, Oliva de Jerez, Olivenza, San José, San Benito, Santo Domingo, Táliga, Valencia de Mambuey, Valencia del Ventoso, Valverde de Burguillos, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana, Villa Real, Villanueva del Fresno y Zahinos. El Fuero del Baylío se aplica en una extensión superficial de 3.828 km. Se ha discutido si es o no de aplicación en Ceuta.

³⁸ J. VERISSIMO SERRÃO, *Historia de Portugal (1080-1415)*, Verbo, 1979, p. 124.

³⁹ P. MERÊA, *Evolução dos regimes matrimoniais*, Coimbra, 1913.

En opinión de Ureña, su ascendencia es portuguesa⁴⁰. En este sentido parece que puedan encontrarse antecedentes de él en dos fueros medievales portugueses, en *Ferreira de Aves* (1114-1128) y de *Sabadelhe* (1220)⁴¹, que recogen el régimen de comunidad universal. No obstante, no se encuentra mención de su contenido en la legislación portuguesa hasta las *Ordenações alfonquinas* de 1446, donde aparece como institución que no regía de pleno Derecho sino cuando se pactaba en la llamada «*carta de metade*». Más tarde, en las *Ordenações Manuelinas* de 1521 ya se dispuso que todos los matrimonios se entenderían hechos por «*carta de metade*» si los contrayentes no pactaban otra cosa. Ese sistema económico-patrimonial del *Fuero del Baylío* fue conocido en Castilla y Tortosa como «*agermanament*», «*mig per mig*», y en el valle de Arán, «*convivença o mitja guandanyria*».

Con posterioridad a Ureña, la historiografía jurídica que se ha preocupado directa o indirectamente del tema ha defendido el germen de esa costumbre en los Derechos primitivos (celtibérico) de España⁴², en el Derecho franco-borgoñon⁴³, en el germánico⁴⁴, en el visigótico⁴⁵, de nuevo en el Derecho portugués⁴⁶ y en un origen templario⁴⁷. En la mayor parte de ellos se han señalado estas influencias como compartimentos estancos, sin percibir que entre todas ellas hay un hilo conductor que no debe olvidarse ni soslayarse, el «tenor germánico», que es en mayor o menor medida su denominador común.

En esta línea, los principios jurídicos que alberga el sistema de la organización económica de la sociedad conyugal en la categoría⁴⁸ «Dere-

⁴⁰ R. DE UREÑA Y SMENJAUD, «Derecho foral», *Enciclopedia Jurídica Española*, *op. cit.*

⁴¹ Cfr. R. M. DE FIGUEIREDO MARCOS, «A carta de metade e a Evolução dos Regimes matrimoniais na História do Direito Português», *III Jornadas del Seminario de «Estudios sobre la tradición». La costumbre, el Derecho consuetudinario y las traiciones populares en Extremadura y Alentejo*, Facultad de Derecho de Cáceres, 2000.

⁴² Cfr. R. UREÑA Y SMENJAUD, *Enciclopedia Jurídica Española*, *op. cit.*; M. MARTÍNEZ PEREDA, «El Fuero del Baylío residuo vigente del Derecho celtibérico...», *op. cit.*

⁴³ M. MADRID DEL CACHO, *El Fuero del Baylío...*, *op. cit.*

⁴⁴ L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, «La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho medieval español», *Estudios medievales de Derecho privado*, Sevilla, 1977; A. ROMÁN GARCÍA, «El régimen económico matrimonial del...», *op. cit.*

⁴⁵ J. BOZA VARGAS, *El Fuero del Baylío*, *op. cit.*

⁴⁶ M. VILLALBA LAVA, «El Fuero de Baylío, un reto para los juristas...», *op. cit.*

⁴⁷ A. GARCÍA GALÁN, «Antecedentes históricos del Fuero del Baylío...», *op. cit.*

⁴⁸ Cfr. M. RODRÍGUEZ GIL, «Acerca del “Zeitgeist” en la historia del Derecho: *In memoriam* Eugen Wohlhaupter», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXVII, San Lorenzo de el Escorial, 1994, y «Casos prácticos de Derecho germánico», *Casos prácticos de historia del Derecho español con comentarios de texto y ejercicios de autoevaluación*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

cho germánico» parten configurándose de un sistema de administración común marital, con una minuciosa diferenciación originaria (en virtud de la procedencia de la línea paterna o materna) respecto de los bienes reunidos, que sólo se yuxtaponen para la administración en manos maritales (excepto el ajuar «*Gerade*»), manteniéndose las distintas titularidades de la propiedad.

De lo que resulta, en términos estrictos, una inexistencia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges, pues las propiedades permanecen separadas a la posibilidad de la comunidad de bienes y ganancias, es decir, que puedan fundirse en una masa patrimonial única, correspondiendo la propiedad de la fortuna resultante a la sociedad conyugal que forman los unidos en matrimonio, conjunto que se divide a la disolución del vínculo, ya por divorcio, ya por fallecimiento ⁴⁹.

No obstante, esta situación no es óbice para poder también generar la posibilidad aún más global de la comunidad universal, que une todo lo aportado con lo adquirido, pero dejando a salvo la opción de cada cónyuge para señalar patrimonios concretos apartándolos de la mancomunidad.

El hilo conductor de esos principios de Derecho germánico⁵⁰ pueden conducir, por tanto, desde la primera posibilidad hasta una alternancia ya más tardía con la segunda, en una evolución que incluye numerosas variables según espacios geográficos y tiempos históricos.

La negación de las características germánicas, en muchos casos durante un periodo muy significativo de nuestra historiografía jurídica, y la utilización de términos como «primitivos», «arcaicos» o inclusive «nuevos» para referirse a ellas ha respondido, o a la posibilidad del desconocimiento de la existencia de las mismas, o a la de un encubrimiento ideológico oculto en la propia imprecisión que tales términos conllevan.

Este último sería el caso de Aquilino Iglesia Ferreirós⁵¹, que al describir la configuración del ordenamiento jurídico altomedieval, donde recoge la existencia de las «comunidades de aldea», la fuerte cohesión familiar y vecinal, la venganza de la sangre, la responsabilidad colectiva tanto en el

⁴⁹ J. M. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ ARRACO, *Historia del Derecho Español*, Madrid, Universidad Complutense, 1999, pp. 448-449.

⁵⁰ Cfr., a modo de ejemplo, E. BRUNNER, *Historia del Derecho germánico*, Madrid, 1936; M. SCOVAZZI, *Le origine del Diritto germánico*, Milán, 1957; J. M. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ ARRACO, *Breviario de Derecho germánico*, Madrid, 1993, e *Historia del Derecho Español*, op. cit.

⁵¹ Cfr. A. IGLESIA FERREIRÓS, «Individuo y familia. Una historia del Derecho privado español», en M. ARTOLA (dir.), *Enciclopedia de Historia de España*, 1.ª ed., Alianza Editorial, pp. 458-459.

ámbito penal «venganza de la sangre», como procesal, la prenda extrajudicial..., todas ellas instituciones típicas que responden totalmente a principios germánicos, las denomina «un nuevo Derecho». Pero indicando que: «el Derecho nuevo no es así un derecho nuevo, como diríamos hoy, sino simplemente la restauración del antiguo y buen derecho» (cita a Brunner y a García Pelayo). Señalando después:

«Si valoramos la situación desde nuestras perspectivas actuales es cierto que se ha configurado un derecho nuevo durante la Alta Edad Media, pero si la contemplamos desde las perspectivas de un habitante de aquella época esta afirmación no corresponde a la verdad».

En esta segunda afirmación obviamente era así. Al hombre de nuestro medioevo esas costumbres «germánicas» no le eran ni desconocidas ni extrañas, pues eran por las que sus antepasados se habían regido, pasando oralmente de generación en generación.

Esa línea de no querer reconocer lo evidente, o de encubrirlo con terminología vaga e imprecisa, tal vez sea motivada por la consideración peyorativa de esos principios en función de la deformación racista de la Escuela Histórica del Derecho, ya que uno de sus rasgos fue un desmesurado culto al Derecho germánico, presentado por los historiadores nazis como arquetipo de una organización social y propuesto como único modelo válido a la sociedad alemana de la época hitleriana. Situación que originó en algunos historiadores más crispación que objetividad, tachando de caduco y reaccionario cualquier planteamiento relativo al Derecho germánico, calificándolo en general de «antigualla»⁵².

Si a todo el planteamiento aludido se le añade la corriente imperante de la posguerra en pro de la defensa a ultranza del Derecho romano que tiende siempre a poner de relieve la importancia de este elemento, restándosela a otros factores, el hablar de Derecho germánico implicaba activar una reacción en cadena en contra de quien lo había defendido. En cualquier caso, dejando a un lado la ocultación o marginación, intencionada o no, de los principios jurídicos germánicos en nuestra historia jurídica hasta hace unos años, la costumbre a *Fuero del Baylío* recoge esos principios apuntados.

Principios que en su devenir histórico-jurídico, durante la vigencia del Derecho visigótico (en el que se pueden distinguir dos momentos: uno, prolongación en gran medida de un derecho escrito romano vulgar, como

⁵² J. M. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ ARRACO, *Historia del Derecho...*, op. cit., p. 373.

se aprecia en el *Breviario de Alarico*, y otro, de anhelos romanísticos «heridos» por un Derecho consuetudinario de raigambre germánica, junto con principios propios, como se contemplan en el *Liber Iudiciorum*), se difuminan, pues los bienes adquiridos durante el matrimonio tuvieron una peculiar organización, confusa y discutida, no apareciendo en él huellas de una comunidad de adquisiciones, de forma que los recibidos por donación pertenecieron al donatario y los ganados en la guerra por el marido, a él exclusivamente. Los demás bienes, verdaderos gananciales, se repartieron proporcionalmente al patrimonio de los cónyuges, salvo si ambos eran aproximadamente iguales, en cuyo caso se distribuirían por mitad, en función del criterio *iuris tantum*.

Después, al sucumbir el poder político visigodo ante la invasión musulmana e iniciarse la reconquista del territorio debido a la fragilidad política del momento, las tierras fronterizas entre las dos Españas (como la zona leonesa-portuguesa) se fueron poblando de pequeños núcleos, «comunidades de aldea», que se organizaron social y jurídicamente por medio de un Derecho consuetudinario vivo en la memoria de esos pobladores, que respondía a esas viejas costumbres germánicas, perdurando durante la Edad Media.

No debe olvidarse en este sentido, por lo que conlleva el dato, la posibilidad existente en la zona del baylato de haber estado habitada por un grupo étnico germánico (alanos) poco romanizado. Por lo que no debe extrañar que al ser reconquistada esa zona después de la invasión musulmana surgiesen de nuevo esas vetustas costumbres.

En definitiva, dentro de este régimen económico-matrimonial que estamos analizando parece fuera de duda la perduración en toda la España medieval de una comunidad universal, divisible por mitad a la desaparición de la relación conyugal, configurándose en Castilla en una sociedad de gananciales, en Aragón en una sociedad de muebles y gananciales, y en Vizcaya en una sociedad de todos los bienes. Y es una obviedad que esta situación implicó un tránsito: de una comunidad de administración hacia una comunidad de bienes.

Avanzando en el tiempo, durante los siglos XIII al XVIII, época jurídica donde el hilo conductor se estableció a través del *ius commune*, no existió ninguna ley que sancionase esa costumbre, siendo aplicada por los escribanos de los pueblos tal y como la habían entendido los vecinos desde tiempos inmemoriales, sin que existiese ningún elemento que pudiese alterar el sentido de la misma.

En el siglo XVI, en algunos documentos de aplicación del Derecho, se contempla la realización de matrimonios realizados en función de ella, y

en los protocolos notariales de las localidades de Jerez de los Caballeros y de Oliva hay numerosos testimonios de individuos que declaraban haberse casado a «*Fuero del Baylío*». No obstante, no todos los habitantes contraían matrimonio según este *fuero*, pues mediante capitulaciones matrimoniales se podía renunciar a él y contraer matrimonio a *Fuero de León*, es decir, en función del Derecho común castellano.

La costumbre a *Fuero del Baylío*, según algunos autores⁵³, destacó por ser muy solidaria, pues siempre favorecía al desposado menos afortunado, y esto que pudo convertirse en fuente de conflictos no adquirió importancia, pues las escasas renunciaciones que se produjeron muestran que el *fuero* fue aceptado de buen grado por una sociedad que tenía mecanismos suficientes para evitar ese tipo de problemas. Esta opinión no deja de carecer de ingenuidad, sobre todo si se considera que en una sociedad estamental apenas se celebraban uniones entre personas de diferentes estratos sociales con un nivel de patrimonio muy desigual, y cuando eso ocurría, uno aportaba el prestigio y el otro el capital.

VII. UNA CONCLUSIÓN

Los derechos históricos respetados y garantizados por la Constitución fueron útiles en el inicio de nuestro sistema autonómico y lo seguirán siendo por permitir el tratamiento diferencial de hechos diferenciales.

Por primera vez una Constitución recoge los derechos forales no meramente a través del Código Civil, en cuanto a su conservación, modificación y desarrollo. Y el sujeto del Derecho del que habla nuestro texto constitucional, como apunta López-Medel⁵⁴, no es una persona en «abstracto» en cuanto a sus derechos civiles, ya que el principio de «igualdad» no desconoce a los aragoneses, catalanes, gallegos, o en este caso extremeños, en sus peculiaridades y régimen jurídico privado.

La historia habilita y a la vez lastra, porque da gravidez a quien la invoca. En fin, recordando de nuevo a Savigny, la historia tiene una misión sagrada: sólo mediante ella puede mantenerse viva la conexión con la condición originaria del pueblo y la pérdida de esa conexión priva necesariamente a todo pueblo de una parte de su vida espiritual. Pero en esta idea no se deben tergiversar algunas realidades ni alegar derechos (llamados

⁵³ A. GIL SOTO y R. PERIAÑEZ GÓMEZ, «La aplicación del Fuero del Baylío en la Edad Moderna», *op. cit.*, p. 260.

⁵⁴ Vid. J. LÓPEZ-MEDEL, «Derechos forales y Constitución», *op. cit.*, p. 119.

hoy forales) que fueron desconocidos para el pueblo y en algunos casos poco aplicados por los juristas.

Pero dicho y aceptado esto, hay que evitar caer en el error de, por recuperar una parte de la historia, perder otra. O como señaló García Pelayo⁵⁵: «que en nombre de la historia se pretendan anular jurídicamente...» siglos también de historia. O correr el peligro de, con «derechos históricos», decir lo que en cada caso se quiera decir. Porque lo que sí son ya históricos son los criterios interpretativos que se han aplicado a esa realidad por hermeneutas profundamente discordes entre sí. La Historia está en las interpretaciones, luego mejor sería hablar, en algunos casos, no de derechos históricos, sino de interpretaciones históricas de los derechos⁵⁶.

⁵⁵ M. GARCÍA PELAYO, «El proyecto constitucional...», *op. cit.*

⁵⁶ J. M. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ ARRACO, «La obsesión...», *op. cit.*, p. 380.